

ANA LORENA CARVAJAL CASTILLO

**LA EFECTIVIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO
CONTRACTUAL.**

**(Maestría en Derecho del Estado con Énfasis en Derecho Administrativo
– Profundización)**

Bogotá D.C., Colombia

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN
DERECHO ADMINISTRATIVO – PROFUNDIZACIÓN

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Director Departamento
Derecho Administrativo: **Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba**

Director de Tesis: **Dr. Jorge Enrique Santos Rodríguez**

Presidente de Tesis: **Dr. Julián Pimiento Echeverri**

Examinadores: **Dr. Hugo Marín Hernández**
Dr. Bernardo Carvajal Sánchez

Bogotá D.C., 18 de noviembre de 2019

Doctor

JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA

Director de la Maestría en Derecho Administrativo

Universidad Externado de Colombia

Ciudad

REF: Concepto monografía.

Apreciado doctor Rincón:

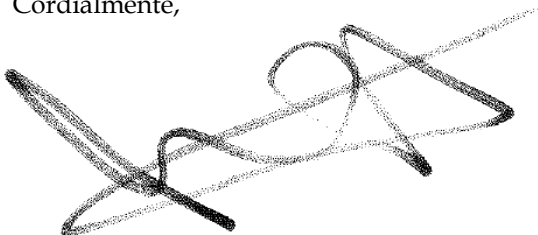
En mi calidad de director de la investigación, me permito emitir concepto favorable sobre la tesis realizada por la alumna de la maestría en Derecho Administrativo, en la modalidad de profundización, doctora ANA LORENA CARVAJAL CASTILLO, titulada: *"Tensiones en el debido proceso en las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias"*.

El documento que se presenta es el fruto de una investigación que fue trabajada durante el periodo de clases de la maestría y concretada en el último semestre, en la cual se nota la maduración de la autora y del trabajo, pudiendo obtener los satisfactorios resultados que se ponen a consideración del Señor Director.

Es pertinente destacar que, de acuerdo con los criterios fijados para las monografías, el objetivo del trabajo es, a partir de una presentación descriptiva del debido proceso en las actuaciones administrativas sancionatorias de naturaleza contractual, así como de la necesidad de la eficacia de tales procedimientos, proponer una interpretación de cómo debe solucionarse la tensión entre debido proceso y eficacia, de tal manera que las sanciones contractuales logren su propósito sin pasar por encima de los derechos del contratista.

Así las cosas, en criterio del suscrito y dadas las reglas que se han establecido para las monografías, el trabajo que se presenta satisface el requisito para que la doctora ANA LORENA CARVAJAL CASTILLO cumpla con los requisitos para recibir el título de Magister en Derecho Administrativo.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jorge Enrique Santos Rodriguez', with a stylized, looping flourish at the end.

JORGE ENRIQUE SANTOS RODRIGUEZ

Docente Director Monografía

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	vi
1. IMPORTANCIA DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES	1
2. IMPORTANCIA DEL DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS	6
2.1 EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.....	6
2.2 DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS CONTRACTUALES	10
2.2.1 Evolución jurisprudencial del debido proceso en materia contractual previo a la expedición de la Ley 1150 de 2007	11
2.2.2 Regulación normativa del debido proceso en actuaciones sancionatorias contractuales	15
2.2.3 Debido proceso como mecanismo de garantía del contratista.....	17
2.2.4 Finalidad del proceso sancionatorio contractual.....	19
3. REALIDAD DEL DESARROLLO PRÁCTICO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL EN COLOMBIA.....	22
4. POSIBLES SOLUCIONES A LA TENSIÓN FRENTE A LA FALTA DE EFECTIVIDAD DEL PROCEDIMIENTO.	32
4.1. Posible interpretación del literal “b” del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.	32
4.2. De la práctica de pruebas en el proceso administrativo sancionatorio contractual. ..	36
4.3. Del seguimiento de la ejecución de los contratos y las pruebas que emanan de él.	37
4.4. Alcance del proceso sancionatorio contractual.....	39
4.5. Del equilibrio entre las garantías del contratista y la eficacia del proceso.	43
CONCLUSIONES.....	46
BIBLIOGRAFIA.....	49

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la cual, en su artículo 1º establece que Colombia es un Estado Social de Derecho y en él ha precisado que el Estado debe buscar la consecución de unos fines específicos¹, conocidos como los “*finestatales*”, entre los cuales se destaca la protección del interés general sobre el particular.

Para la materialización de dichos fines, el Estado cuenta con varios elementos, facultades y actuaciones que sirven para la consecución de estos, entre los que se destaca la contratación estatal fundamentalmente como un instrumento jurídico utilizado para hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo. Destacándose la importancia que tiene para el Estado, pues con esta no solo se encamina hacia la consecución de sus propósitos, sino que a través de ella se ejercen otras funciones del Estado como tal. De igual manera, reconoció a los particulares como colaboradores en el cumplimiento de sus funciones, específicamente en la prestación de servicios públicos. Sin embargo, se reservó la vigilancia y control de la intervención de esos particulares en ejecución de contratos estatales.

Desafortunadamente, no siempre la contratación estatal se desarrolla en debida forma, por tanto, la administración tiene el deber de velar por una efectiva gestión en ella y de tomar las medidas necesarias ejerciendo su potestad sancionatoria para encauzar a una correcta ejecución los contratos

¹ Constitución Política de Colombia, 1991. Art. 2º. “*Fines del Estado. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial; asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*”

estatales y que, con ello, se logre la consecución de los fines estatales entre ellos el más relevante, satisfacer el interés general.

Es por ello que el legislador crea un procedimiento especial para la imposición de sanciones contractuales en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Sin embargo, como lo demostraremos con ejemplos a lo largo del presente trabajo, en la práctica en ocasiones el procedimiento no es tan eficiente debido a la manera en la que se desarrolla, especialmente en cuanto a las dilaciones en su inicio y en el periodo probatorio, lo que ha generado que debido a esto se resulten sacrificando los fines de la contratación estatal, que no son otros que los fines mismos del Estado.

En ese orden de ideas, la pretensión de este trabajo no es otra, que plantear propuestas frente a la aplicación que se le debería dar a esta etapa en el proceso sancionatorio administrativo contractual, de tal forma que el desarrollo del proceso se cumpla de una manera eficaz como medida administrativa.

Este escrito se dividirá en cuatro capítulos, a saber: 1) Importancia del ejercicio de la potestad sancionatoria en las actuaciones contractuales. 2) Importancia del debido proceso en las actuaciones administrativas sancionatorias. 3) Realidad del desarrollo práctico del procedimiento sancionatorio contractual en Colombia y 4) Posibles soluciones frente a la falta de efectividad del procedimiento.

1. IMPORTANCIA DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES

Para abordar este tema, en primer lugar, debemos iniciar refiriéndonos a los contratos estatales, los cuales, según la jurisprudencia constitucional, se entienden como:

“Instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. (...)”².

Desde el punto de vista jurisprudencial y en lo atinente al contrato estatal, la Corte Constitucional también ha expresado:

*“El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal **cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho**, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado”³. (Negrilla fuera del texto).*

Igualmente, se debe mencionar cuál era la razón de ser de la contratación en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y para ello

² Corte Constitucional. Sentencia C-932 de 2007.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009.

se debe examinar exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, en la cual puede leerse:

“Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas.

La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. (...) Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados.

(...)

Como se indicó la administración pública no puede actuar sino para el cumplimiento de finalidades de interés público, para la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado. Los servidores públicos, al celebrar y ejecutar un contrato deben tener siempre presente esa finalidad.”

De tal relevancia era dejar en claro la finalidad de la contratación pública, que el legislador en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993⁴, en coherencia con la teoría general que se ha construido en torno a los contratos estatales, determina que la celebración y ejecución de los contratos lo que busca es el cumplimiento de los fines estatales, la eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Evidenciándose como la contratación pública es de vital importancia para el Estado, los ciudadanos y la sociedad en general, pues como lo menciona el artículo 3 mencionado, esta tiene una función social, ya que, a través de ella, se busca la satisfacción de las necesidades colectivas, la prestación de servicios públicos y el cumplimiento de deberes estatales.

⁴ Ley 80 de 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

De igual manera, con la entrada de los particulares a colaborar⁵ en la consecución de fines del Estado, específicamente en la prestación de servicios públicos, surge un deber de control y vigilancia sobre los contratos suscritos con particulares para el Estado, ya que como consecuencia de la relación contractual que nace entre ellos, entre otras que requieren su intervención en garantía del interés general, pueden presentarse situaciones de incumplimiento por parte del particular, debiendo la Administración acudir a una de las facultades para garantizar un correcto desarrollo de la contratación, como es la potestad sancionatoria entendida como:

“(...) un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones.

“(...) se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines(4), pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos(5) y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas”.(6) (...).⁶

Sin embargo, la aplicación de dicha facultad frente a los particulares es de naturaleza correctiva, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional:

⁵ La noción del contratista como un colaborador, genera que exista una mutabilidad del contrato (modificación) y la idea de su ecuación financiera con el fin de hacer viable el servicio público. Dicha concepción se tradujo en la máxima: “Rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato”. Cfr, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., Curso de derecho administrativo, 8ª ed., Madrid, Civitas, 1997, t. I, pág. 729.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Expediente. 17009.

“En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. (...) Y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias.”⁷

Además, aparte de entenderse la facultad sancionatoria como medio para alcanzar los objetivos del Estado y que en el caso de ser aplicada frente a los particulares es de manera correctiva, en sentencia del 13 de noviembre de 2008⁸, se señaló la potestad sancionadora de la administración, también como un instrumento de autoprotección al respecto menciona:

“Constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto atribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente la realización de sus cometidos”.

La razón de ser de las sanciones contractuales se encuentra en que de nada serviría que la administración pública tuviera en el proceso de ejecución de los contratos estatales, un simple poder de dirección y control de esa ejecución, si en forma correlativa a ese poder no tuviera también potestades que permitieran hacer efectivo o eficaz tal poder en miras de interés general, dentro de las cuales se encuentra la potestad de sancionar las faltas en que incurra el cocontratante particular en el marco de la ejecución contractual⁹.

Sin embargo, esa facultad sancionatoria no puede ser absoluta, por lo que se deben establecer límites. Al respecto, el Consejo de Estado manifestó:

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-853 de 2005.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Expediente. 17.009.

⁹ Cfr. Escola, Héctor. Tratado integral de los contratos administrativos, t.I: Parte general. Buenos Aires, Depalma, 1977, pág.406.

“La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias. La potestad sancionadora en el ámbito contractual se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, presupuesto que justifica que al manifestarse mediante actos administrativos éstos sean susceptibles de ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo”¹⁰. (Subrayado fuera del texto)

Y al someter dicha facultad sancionatoria al ordenamiento jurídico para que el ejercicio de ese poder sea legítimo, se debe dar cumplimiento a lo establecido en la Constitución (artículo 29) y en la Ley 1150 de 2007 (artículo 17), es decir, garantizar el **debido proceso**, como un límite a la facultad sancionatoria de la Administración.

En suma, si bien es cierto que la garantía del interés general envuelto en la celebración y ejecución de un contrato estatal requiere que el Estado asuma unas prerrogativas de imposición sobre el cocontratante particular, entre ellas, las potestades sancionatorias, también lo es que el ejercicio de dichas prerrogativas requiere garantizar los derechos de ese contratista, garantía que se logra de diversas manera y, en lo que interesa al presente trabajo, a través de la garantía del debido proceso administrativo, el cual, como pasamos a explicarlo, tiene una importancia superlativa en el ejercicio de las potestades sancionatorias.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Expediente. 20.738

2. IMPORTANCIA DEL DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS

2.1 EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

Para el caso colombiano, el debido proceso emana como un derecho fundamental, establecido en la Constitución Política de 1991, la cual en su artículo 29 establece:

*“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y **administrativas**.”*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.” (Negrillas fuera del texto)

En definitiva, a partir de dicho artículo se puede observar que el constituyente entendió que el debido proceso debía aplicarse a todas las actuaciones judiciales y, para el caso que es relevante en este estudio a todas las actuaciones administrativas, siempre buscando considerar la representación del afectado en la decisión. Efectivamente, dicha referencia es importante en la medida en que la consagración como derecho fundamental no hace referencia a un trámite, procedimiento o ritual puntual, sino a la necesidad de aplicar expresiones propias del debido proceso.¹¹

El debido proceso ha sido reconocido como una garantía universal de los derechos humanos, como se observa por la normatividad del derecho internacional, que propende por salvaguardar este derecho, entre la que se

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002.

destaca: La Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 10 y 11), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVII y XVI), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 14 y 15) y la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8) las cuales conforman en Colombia el bloque de constitucionalidad y el cual, según el artículo 93 de la Constitución Política, deberá servir para interpretar los derechos y deberes establecidos en la Constitución Política.

En cuanto a que se entiende por el debido proceso, se debe acudir a lo expresado por la Corte Constitucional quien, a través de su jurisprudencia, lo define como:

“El conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo **incurso en una actuación judicial o administrativa**, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.”¹²(Negrillas fuera del texto)

Por lo tanto, con la consagración del debido proceso como un derecho fundamental que garantiza la protección de los ciudadanos, en principio en actuaciones judiciales, dada la definición del artículo 29 de la Constitución Política, es incuestionable que el mismo rige también en las actuaciones administrativas sancionatorias, buscando, con ello, la protección del individuo incurso en una situación de ellas¹³.

Debido proceso que en las actuaciones administrativas tiene como alcance, el siguiente:

¹² Corte Constitucional. Sentencia C- 341 de 2014

¹³ Laverde Álvarez, Juan Manuel, Manual de procedimiento administrativo sancionatorio, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2018, pág. 24.

- (i) Debe entenderse como una garantía que busca limitar el poder punitivo del Estado, materializándose en el cumplimiento de una sucesión de actos o etapas por parte de las entidades.
- (ii) Dicha garantía –debido proceso- es compatible con las actuaciones administrativas, las cuales buscan satisfacer una necesidad en forma urgente e inmediata, que no es otra que el interés general, dando cabal cumplimiento a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.
- (iii) Exige el cumplimiento del principio de legalidad, entendido en dos sentidos, por un lado, en lo referente a la reserva de ley en materia sustancial y procedimental, ya que es solo el Legislador quien puede regular dichas materias, como son la tipificación de las infracciones y determinación de las sanciones; y por otro, en materia de procedimiento pues solamente es el legislador quien puede establecer dichos procedimientos, el cual es uno de los más importantes instrumentos de garantía a los ciudadanos, siendo un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo; es así como el artículo 29 de la Constitución Política establece:

*“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a **leyes preexistentes** al acto que se le imputa, (...) y con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio”.
(Negrillas fuera del texto).*

Es decir que solamente la ley puede fijar el procedimiento para la imposición de las sanciones administrativas.

Tal como lo menciona el doctrinante Jaime Ossa¹⁴, este precepto contiene un mandato claro las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún, cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que él pilar fundamental del derecho sancionador del Estado es este principio.

- (iv) También debe la administración verificar que la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico, es decir, que se debe vulnerar alguna norma o se debe poner en peligro un interés tutelado por la ley.
- (v) Comprobar la culpabilidad, en cuanto al reproche que debe hacerse a quien comete una acción antijurídica, que en materia administrativa exige que la responsabilidad sea subjetiva, es decir, que exista certeza, lo cual significa que debe estar probado más allá de toda duda razonable.
- (vi) Debe existir un juez natural o legal, que, para el caso de las actuaciones administrativas, debe entenderse como el servidor público con aptitud legal para ejercer la competencia en la actuación.
- (vii) De igual manera debe darse aplicación a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, en lo que respecta a la primera, hace relación a que a quien le corresponde la carga de la prueba es al Estado, por lo que las pruebas que se pretendan hacer valer en las actuaciones administrativas sancionatorias deben fundarse en pruebas obtenidas de manera legal y deben ser oportunamente allegadas al proceso.

¹⁴ Jaime Ossa. *Derecho administrativo sancionador. Primera edición. Editorial Legis. Bogotá, 2000. Pág. 238.*

- (viii) En cuanto al derecho de defensa se materializa al darse la posibilidad intervenir en el proceso y ser oído para que rinda su propia versión sobre los hechos, ya sea directamente o por medio de un abogado, de igual manera el particular tiene derecho a guardar silencio.
- (ix) Derecho a tener un proceso público sin demoras injustificadas.
- (x) Debe darse aplicación al principio de favorabilidad, es decir que se debe aplicar la ley que más favorezca al administrado.
- (xi) Proporcionalidad de la sanción, entendida esta como que la sanción que se pretenda imponer no sea excesiva en relación con la conducta desplegada y el método para la aplicación de este principio, es la ponderación.
- (xii) La aplicación de la no reformatio in pejus y el no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Una vez enunciadas las reglas del debido proceso, se puede precisar que es un deber de la administración, garantizar el mismo, como derecho primordial con el fin que la decisión final en el marco de la actuación administrativa cumpla el cometido para el cual fue tomada y no viole los derechos de los administrados.

2.2 DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS CONTRACTUALES

Si bien la Constitución Política de 1991 estableció que el debido proceso aplicaba de igual manera en las actuaciones administrativas, **en materia sancionatoria contractual** fue la jurisprudencia de la Sección Tercera del

Consejo de Estado quien se encargó de manera inicial de delimitar y determinar las garantías aplicables en este proceso como lo veremos a continuación:

2.2.1 Evolución jurisprudencial del debido proceso en materia contractual previo a la expedición de la Ley 1150 de 2007

Para iniciar esta revisión de la posición planteada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, debo comenzar por citar el Auto del 24 de septiembre de 1998, en dicha providencia se suspendió provisionalmente los efectos jurídicos de los actos administrativos mediante los cuales se habría decretado la caducidad en un contrato de prestación de servicios, en el cual, no se le garantizó el derecho de defensa al contratista, en dicho auto se señaló:

“(...) en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista, antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 de la Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción, De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública”.¹⁵

Auto que el doctor Enrique Gil Botero¹⁶, manifestó lo siguiente:

“El auto inmediatamente citado contribuyo a que se exigiera, en materia contractual, una aplicación más exigente del derecho al debido proceso, pero no solo el que regulaba con muchas deficiencias el Código Contencioso Administrativo (D. 01 de 1984) sino el que emanaba del artículo 29 de la Constitución y no se trata

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, Auto del 24 de septiembre de 1998. Expediente 14.821.

¹⁶ Gil Botero Enrique. “El debido proceso en las actuaciones contractuales” Responsabilidad Civil y del Estado. Revista IARCE No. 30. Edición digital. 2012. Pág. 34

de una simple diferencia formal, en cuanto a la fuente de donde proviene el debido proceso, sino, de contenido, pues el contenido en la primera normativa es más limitado que el regulado en la Constitución.

Podría decirse entonces, que este primer pronunciamiento sentó las bases de un proceso al que con el desarrollo jurisprudencial determinaría las garantías aplicables.

Entre los periodos de 2003 a 2009, la jurisprudencia administrativa habría manifestado de forma concluyente que el derecho fundamental al debido proceso rige en todos los procedimientos, incluyendo los contractuales; no pudiéndose dejar entonces de mencionar algunas de las providencias que dieron lugar a la creación de modulaciones a las garantías que han de comprender el derecho fundamental al debido proceso.

Por ejemplo, el Auto de fecha 4 de mayo de 2000, en el cual, se manifestó la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto a la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo en el que se declaró el incumplimiento de un contrato, señalando:

(...) la sala precisa que esa providencia no contiene una condición general por virtud de la cual todos los actos contractuales deban expedirse siempre que estén precedidos de un procedimiento administrativo sometido a los principios de la actuación administrativa.

(...) En el caso en concreto, la sala encuentra que el acto demandado se fundó en el incumplimiento contractual por vencimiento del plazo, hecho futuro cierto y conocido por la contratista, porque se pactó de manera clara y expresa en el contrato.

(...) Resulta por tanto que, en el presente caso, no aparecen de manera manifiesta circunstancias de hecho que hiciesen necesario que la contratista fuese advertida previamente por la

administración, de la fecha exacta del vencimiento del plazo contractual y de las consecuencias derivadas del no cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro del mismo”.¹⁷

Posteriormente, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, señaló que cuando se pretendía la aplicación de una cláusula excepcional como la caducidad de un contrato, debe adelantar un procedimiento en el que se le permita a la parte afectada ejercer su derecho de defensa, que como mínimo consiste en requerir al contratista para que cumpla el contrato, la sala mencionó:

“Por consiguiente, al contratista no se le vulneró el derecho de defensa con el acto administrativo que impugna, comoquiera que la multa impuesta no fue ninguna sorpresa para el contratista, pues todo el tiempo fue informado de irregularidades e inconformidades en que reparaba la contratante.”¹⁸

De igual manera en el Auto de fecha 24 de julio de 2000, manifestó:

“La sala observa (...) que previamente a la declaratoria de caducidad del contrato, el municipio le corrió traslado al contratista de los informes de interventoría, en los cuales se precisa el incumplimiento del mismo, brindando la oportunidad para controvertirlo. Bajo estas circunstancias, no es equivocado sostener que la sociedad (...) conocía suficientemente las observaciones que había hecho la entidad contratante sobre su comportamiento durante el desarrollo del contrato y durante ese trámite administrativo tuvo la oportunidad de oponerse, y controvertir los informes rendidos por el interventor. Después de concluido dicho procedimiento la administración sancionó al contratista, al declarar la caducidad del contrato, por esta razón no cabe concluir que se violó el derecho al debido proceso. En principio la decisión de la entidad contratante fue el resultado de los informes presentados por el interventor, que revelaban el comportamiento del concesionario durante la ejecución del contrato”.¹⁹

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 4 de mayo de 2000. Expediente. 17871

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 29 de mayo de 2003, Expediente. 18.091

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 24 de julio de 2003. Expediente 18091

En el mismo sentido, se puede citar la Sentencia del 10 de noviembre de 2005, en la cual se refieren a las matizaciones de las garantías del debido proceso en las actuaciones administrativas, en la que señaló:

“(…) para la sala, el mandato del artículo 29 constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y en la racionalización de los procedimientos administrativos sancionatorios o no, susceptibles de ser cobijados con la aplicación de este derecho, y su desconocimiento será cosa del pasado. Ahora y pese a que la determinación del campo de aplicación de cada uno de los derechos que integra el debido proceso es un asunto que deberá ir decantando caso a caso, es necesario dejar sentadas, por lo menos, las bases sobre las cuales esa tarea se debe realizar. En principio, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en materia administrativa, porque el mandato constitucional quiso extender, sin distinciones, este haz de garantías al campo administrativo.”²⁰

En lo que se podría llamar la fase final, la jurisprudencia sobre este tema desarrolló progresos importantes, no solo en la determinación de esas garantías, sino también en sus alcances y límites.

Es así, como en la Sentencia de la Sección Tercera de 23 de junio de 2010 se hace un balance respecto a la evolución de la aplicación del debido proceso en las actuaciones administrativas y en la contratación estatal como una especie del Derecho Administrativo y manifestó:

“Si se hace un balance del tema, al interior de esta área del derecho administrativo, resulta satisfactorio apreciar que desde el decreto 01 de 1984, y en forma importante con la Constitución de 1991, hasta hoy, no sólo éste como género, sino la contratación estatal como especie, han recepcionado las distintas garantías del debido

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Expediente 14.157

proceso, elevando la protección a favor del ciudadano, pero también la que requiere el Estado (...). ²¹

2.2.2 Regulación normativa del debido proceso en actuaciones sancionatorias contractuales

En Sentencia del 22 de octubre de 2012, la Sección Tercera se manifestó diciendo que el artículo 18 de la Ley 80 de 1998, no estableció un procedimiento para la declaratoria de caducidad, razón por la cual, debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 77 del mismo cuerpo normativo²²; es decir, seguía sin existir un procedimiento para las actuaciones sancionatorias de tipo contractual.

De este modo la jurisprudencia dejaba manifiesto de manera clara la necesidad de la aplicación del debido proceso en materia sancionatoria contractual, tan es así, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 *“por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”*, el legislador dio inicio a la regulación normativa de la aplicación del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias contractuales y dejó en evidencia la necesidad de crear un *procedimiento mínimo*, tal como se puede leer en el artículo en mención:

“El debido proceso será principio en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Expediente. 16367

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Expediente 20.738

*General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. **Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista** y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.”.* (Negrillas fuera del texto).

Dicha norma determinó que debían existir reglas mínimas en el procedimiento, con el fin de garantizar un trato justo en las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales.

Procedimiento que fue creado y reglamentado mediante el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011²³. Dando cumplimiento a lo exigido por el legislador en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, respecto a establecer un procedimiento “mínimo” que garantice el debido proceso a los colaboradores del Estado.

Es así, como el legislador en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, estableció un procedimiento administrativo especial, tendiente a la imposición de multas y demás sanciones pertinentes dentro de la actividad contractual, previo a la declaratoria de incumplimiento, procedimiento con el cual se establecieron las bases legales para garantizar la aplicación del debido proceso constitucional en asuntos contractuales, llenándose de esta manera el vacío existente en el ordenamiento jurídico colombiano de un procedimiento especial de esta naturaleza.²⁴

²³ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

²⁴ Vásquez Gómez, Jean Paul, Álvarez Quiroz Lilia Yaneth. *El debido proceso en actuaciones administrativas contractuales sancionatorias*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2018. Pág. 48

Ahora bien, ese derecho al debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias contractuales puede entenderse como un mecanismo de garantía al contratista como lo veremos a continuación.

2.2.3 Debido proceso como mecanismo de garantía del contratista.

Con la “Constitucionalización del ordenamiento jurídico”, se entiende básicamente como un proceso que trae como resultado la transformación del derecho por la influencia de la Constitución²⁵. En el caso del derecho contractual público colombiano, es a partir de 1991 que el tema sufre importantes novaciones con el fin de acoplarlo de acuerdo con los lineamientos generales que establece la nueva Constitución²⁶.

El debido proceso debe verse como una garantía a los contratistas del Estado, ya que lo que se ha buscado es desde la implementación de la Constitución del 91 es precisamente que el proceso administrativo se haya constitucionalizado, al respecto el doctrinante Jorge E. Santos²⁷ conceptúa:

“La constitucionalización del proceso administrativo ha generado unos profundos cambios sobre el esquema tradicional en que se estudiaba la materia. En efecto, mientras que antes que operara dicho fenómeno, el objeto favorito del Derecho Administrativo en Colombia era el estudio de la administración pública y sus prerrogativas, dejando de lado un poco al ciudadano, a la persona que se relaciona con esa administración, a partir del cambio impulsado por la Constitución Política de 1991, el interés del

²⁵ Favoreu, Louis, *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2000. pág. 20.

²⁶ Expósito Vélez, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español. Análisis de la selección del contratista*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 349.

²⁷La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Santos, Jorge Enrique. “El debido proceso administrativo: El cambio en la esencia del derecho administrativo”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014 pág. 416

Derecho Administrativo se desplazó hacia la persona y la protección de sus derechos o, al menos, el equilibrio de prerrogativas administrativas y derechos ciudadanos”.

Debiéndose entender entonces, que el debido proceso aplicado a las actuaciones administrativas busca la protección de los derechos de los particulares y al mismo tiempo es un instrumento que limita los poderes del Estado, para que este no abuse del poder que se le otorga, más aún si se trata del poder sancionador de la administración.

Y a partir de la constitucionalización del debido proceso, se ha construido una teoría dogmática que ha tenido como finalidad la garantía a los particulares de pronunciarse frente aquellos procedimientos que se adelanten en contra suya y que dichos pronunciamientos sean valorados de fondo al momento de adoptar las decisiones.²⁸

Desde la perspectiva jurisdiccional, la Corte Constitucional en varias providencias, ha determinado como precedente judicial las garantías que le asisten al ciudadano, aplicada a los procesos sancionatorios, precisando:

*“el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los Administrados, de manera que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”.*²⁹

Así, el debido proceso administrativo en materia sancionatoria garantiza al administrado, como *mínimo* intervenir en el procedimiento que antecede a la expedición de la decisión, que definirá una situación jurídica, siendo realmente

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-982 de 2004.

lo que representa la garantía a este derecho; tal como lo menciona la Corte Constitucional:

“Es decir, procura a las personas, en condiciones de igualdad, participación y respeto, que el asunto que les interesa será decidido por el juez o autoridad administrativa imparcialmente y sin arbitrariedades, mediante un proceso leal y justo. Por eso, bien se pregona en nuestro medio que tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocido en el Preámbulo de la Carta Política, como una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional, en el entendido de que tutela la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y lo protege de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad judicial o administrativa que conoce y resuelve su situación jurídica³⁰.

Es así, que el debido proceso constituye una garantía a los particulares que colaboran al Estado en el cumplimiento de sus funciones, frente a la posibilidad de una conducta abusiva por parte de la autoridad administrativa.

2.2.4 Finalidad del proceso sancionatorio contractual.

Una vez revisado desde sus inicios el debido proceso y como este aplica en actuaciones administrativas, incluyendo las sancionatorias contractuales, ahora es necesario mencionar cual es la razón de ser del proceso sancionatorio contractual, para ello, comenzaré revisando la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, en la cual se menciona el objetivo de este procedimiento, en los siguientes términos:

*“No existe en la actualidad **un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido.** El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por*

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 214 de 1994.

la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso, para efecto se establece un procedimiento oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho de defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (...)

Se debe entender, entonces, que lo que buscó el legislador es darle un procedimiento ágil al Estado, para que en caso de que se presente un incumplimiento en el desarrollo de la ejecución de un contrato estatal, la Entidad cuente con dicho procedimiento para enderezar la ejecución de este.

Procedimiento que va encaminado a que esa actuación de la administración sea acorde a los principios establecidos en la Constitución Política, específicamente al principio de eficacia, del cual la Corte Constitucional se refiere en los siguientes términos:

*“La Corte ha afirmado en relación con el primero, que la eficacia está soportada en varios conceptos que se hallan dentro de la Constitución Política, especialmente en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4º, 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados. En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye una cualidad de la acción administrativa en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo (...).”*³¹

De tal relevancia es este principio, que la misma Corte lo menciona como una *cualidad de la acción administrativa* al igual que la Ley 1437 de 2011 al mencionar en su artículo 3-11 que:

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 826 de 2013.

*“En virtud del principio de eficacia, las autoridades **buscarán que los procedimientos logren su finalidad** y, para tal efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, **evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán**, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”.*

Del examen anterior se observa que, la existencia de un procedimiento sancionatorio contractual tiene como finalidad darle al Estado las herramientas necesarias para que de una manera célere adelante dicho procedimiento para garantizar los fines perseguidos a través de la contratación.

3. REALIDAD DEL DESARROLLO PRÁCTICO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL EN COLOMBIA.

Una vez evidenciada la importancia del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, la cual conllevó a la creación de un procedimiento especial para su aplicación en los contratos estatales y de justificar la necesidad de aplicar el debido proceso como un límite en el ejercicio de dicha facultad al Estado y como una garantía de los derechos de los administrados en los procesos sancionatorios contractuales.

Para conocer algunas situaciones que se presentan, es necesario revisar a título de ejemplo el desarrollo de algunos procesos sancionatorios adelantados por entidades públicas, específicamente respecto a la solicitud y práctica de pruebas en la praxis:

1.- El primer ejemplo de esto puede ser la actuación administrativa sancionatoria contractual iniciada el 24 de julio de 2017³² por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF; en esta la Entidad pretendía declarar el incumplimiento total de un contrato de interventoría por el incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia, el cual tenía por objeto: *“Realizar interventoría técnica y ambiental al contrato consultoría cuyo objeto era realizar el estudio de patología estructural y el análisis de calidad y funcionalidad de las obras ejecutadas en un centro de atención del ICBF”*, (Contrato de consultoría al que le fue declarado el incumplimiento total, previamente).

³² Proceso Sancionatorio Contractual adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF al Contrato de Interventoría No. 1553 de 2016 el cual tenía un plazo de ejecución de 3 meses.

El sancionatorio inicia después de múltiples aplazamientos por petición del contratista el 8 de octubre de 2017, fecha en la cual se presentan los descargos y se solicitan las siguientes pruebas:

- Informe de extracción de núcleos de concreto.
- Testimonios de los señores Edgar Miguel Ochoa García y de Carlos Andrés Reyes Fonseca, éste último ingeniero estructural en el contrato de consultoría.
- Concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, respecto de la validez técnica de los productos entregados por el consultor.
- Informe de la Secretaria de Planeación del municipio donde se debían adelantar las obras del consultor.

En desarrollo de la audiencia el 30 de noviembre de 2017 se practicaron los testimonios, posteriormente se declaró que el contratista desistía de la prueba relacionada con el concepto de la Sociedad Colombiana de Ingenieros pese que a se aplazó en varias oportunidades la audiencia en aras de dar plazo para que se allegará dicho concepto. En cuanto al informe de extracción de núcleos de concreto, la prueba como tal tampoco fue allegada al proceso por el contratista, al igual que el informe solicitado a la Secretaría de Planeación del municipio, tiempo después, el proceso sancionatorio fue decidido declarando el incumplimiento total el 19 de septiembre de 2018.

Es importante resaltar que, en este caso, la interventoría se concentró en solicitar pruebas que validaran el cumplimiento de los productos entregados por el contratista que vigilaba. Sin embargo, no allegó pruebas respecto al ejercicio que debía adelantar de seguimiento y control, el cual no se agotaba con el cumplimiento de esa obligación, sino que debió demostrar las actuaciones y conductas que había desplegado durante el plazo del contrato con el fin de que se cumpliera no solo el objeto del contrato respecto del cual

se ejerce la interventoría, sino también el del contrato propio, actuaciones de las cuales no se allegó prueba alguna.

En este caso, el proceso sancionatorio para el contrato de interventoría que tenía un plazo de ejecución de 3 meses duró aproximadamente 1 año y tres meses, para finalmente declarar un incumplimiento total del contrato.

2.- El siguiente ejemplo hace mención del proceso sancionatorio contractual que inició el 5 de diciembre de 2017, en el marco de la ejecución del Contrato de Aporte³³ suscrito por la Regional Guajira del ICBF, en el que se pretendía declarar el incumplimiento parcial, debido a que el operador del servicio incumplió algunas de las obligaciones del componente nutricional relacionadas con:

- a. La toma y seguimiento de medidas antropométricas a los menores, obligación que debía ejecutar trimestralmente y refleja la evolución nutricional de los niños y niñas beneficiarios, medidas que debían ser registradas en un aplicativo creado para tal fin, llamado “cuéntame” y,
- b. La falta de activación de la ruta en salud, que hace referencia a las gestiones que debe adelantar el contratista para que, en caso de alguna emergencia médica, los menores beneficiarios sean atendidos a la menor brevedad posible en el centro de salud.

³³ *Contrato de Aporte No. 570 de 2016 suscrito entre el ICBF Regional Guajira y la Unión Temporal Entirrashí Waya del Resguardo de la Alta y Media Guajira, el cual tenía por objeto: “prestar el servicio de atención, educación inicial, cuidado y nutrición a mujeres gestantes, niñas y niños menores de seis (6) meses lactantes, niños y niñas en primera infancia en el marco de la atención integral, con pertenencia y calidad, a través de la modalidad propia e intercultural que permita promover la garantía de derechos, la participación y el desarrollo integral de la primera infancia de comunidades étnicas y rurales respondiendo a las características de sus territorios de conformidad con el manual operativo y las directrices establecidas por el ICBF, en el marco de la política de estado para el desarrollo integral de la primera infancia de “cero a siempre” el cual contaba con un plazo de ejecución de 10 meses.*

Es relevante mencionar que el menor de 5 años falleció siendo beneficiario del contrato en cuestión.

Una vez presentados los descargos, se allegaron más de 1.200 folios de pruebas documentales, fotos, etc. por parte del apoderado del contratista y se solicitaron las siguientes pruebas:

- Declaración de la autoridad de la Ranchería a la cual pertenecía el menor.
- Testimonio del padre y de la madre del menor fallecido.
- Interrogatorio a la nutricionista del operador
- Visita a la ranchería del menor.

De las pruebas solicitadas, se decretaron la declaración, los testimonios y el interrogatorio, la prueba de la visita negada por inconducente. La declaración de la autoridad de la Ranchería fue recibida el 24 de enero de 2018, los testimonios de los padres del menor estaban programadas para el 6 de febrero de 2018, sin embargo, la audiencia debió ser aplazada ya que el apoderado del operador informó que los padres del menor no se encontraban en Riohacha y la audiencia debió ser reprogramada para el 22 de febrero de 2018, fecha en la que tampoco fue posible realizar la audiencia debido a la presentación de incapacidad por parte del apoderado del operador. El 8 de marzo de 2018, fecha en la que nuevamente se cita para recibir los testimonios del padre del menor, no fue posible adelantar la audiencia, ya que el traductor oficial Wayuu de la Personería Municipal no se encontraba disponible para el día de la audiencia, pese a que había sido notificado.

El 21 de marzo de 2018 se reciben los testimonios de los padres del menor fallecido y el 23 de marzo se inicia el interrogatorio a la nutricionista del

operador el cual continuó el 4 de mayo de 2018 dándose por terminado la práctica de las pruebas.

Una vez revisado el amplio material probatorio allegado al proceso y agotada la práctica de pruebas requeridas por el operador, la regional Guajira decide el proceso sancionatorio contractual el 28 de junio de 2018, declarando el incumplimiento parcial del Contrato de Aporte No. 570 de 2018, lo anterior, teniendo en cuenta que el contratista no probó que había realizado la toma y seguimiento de las medidas antropométricas al menor fallecido, además de no aportar pruebas suficientes que demostraran que el operador hubiera adelantado las gestiones pertinentes para garantizar la atención del menor, pese a haber tenido conocimiento previo del deterioro del estado de salud del menor.

Es así como el proceso sancionatorio contractual fue decidido 6 meses después y pese a garantizar todos los medios probatorios el operador no logro probar el cumplimiento de las dos obligaciones por las que se inició el proceso sancionatorio contractual.

3.- Otro ejemplo que nos puede ilustrar se presenta en el Contrato de Compraventa 771 de 2016,³⁴ en el cual se debían hacer entrega de 8.838 cajas de color el día 23 de diciembre de 2016, fecha en la que terminaba el plazo de ejecución del contrato, las cuales según el cronograma iban hacer entregadas en tres plazos de la siguiente manera:

³⁴ *Contrato de Compraventa suscrito el 12 de diciembre de 2016 entre el Ministerio de Salud y Protección Social e Inversiones y Suministros LM S.A.S. cuyo objeto era: “Adquisición de cajas de icopor para la operación del almacén general del Ministerio de Salud y Protección Social”, el cual tenía un plazo de ejecución de ejecución hasta el 10 de febrero de 2017.*

Una primera entrega el 19 de diciembre de 2017 de 2.946 cajas, una segunda entrega el 21 de diciembre de 2.946 cajas, y una tercera de 2.946 cajas el 23 de diciembre de 2016.

Durante el plazo inicial de ejecución del contrato el contratista solo entregó 1,438 cajas, por lo que el 20 de diciembre de 2016 el contratista realiza una solicitud de prórroga la cual fue suscrita el 23 de diciembre de 2016, ampliando el plazo del contrato hasta el 10 de febrero de 2017, fecha en la que se debían entregar la totalidad de cajas restantes es decir 7.400.

Al 1 de febrero de 2017, solo se habían entregado 2.400 cajas más de las 7.400, situación por la que el contratista solicita nuevamente prórroga hasta el 24 de abril de 2017 la cual fue negada por la Entidad; el día 9 de febrero de 2017, es decir a 1 día de la terminación del plazo del contrato, solo se habían recibido el 50% de la totalidad de la necesidad de la Entidad.

Dicho lo anterior, el 15 de febrero de 2017 solicitan el inicio de la actuación administrativa sancionatoria y el 30 de mayo de 2017 se dio inicio a la audiencia de presunto incumplimiento, la cual fue suspendida por solicitud del contratista, reanudándose el 21 de junio de 2017, audiencia en la cual presentaron sus descargos, de los cuales se debe mencionar que aducen como causa del incumplimiento que se le rompió el molde de las cajas de icopor al fabricante de las cajas empresa ICOFORMAS y una vez terminados los descargos el contratista ofreció una fórmula de arreglo directo.

En sus descargos el contratista solicita las siguientes pruebas a saber: Un informe técnico que arroje la durabilidad o vida útil de las cajas y un estudio de mercado para determinar que no existían otras empresas que pudieran elaborar los moldes de cajas de icopor o elaborar las cajas de icopor en un tiempo menor al que lo hacía el proveedor del contratista incumplido.

El día 1 de septiembre de 2017, la supervisión del contrato, Subdirección de Enfermedades transmisibles emite concepto en el que se expusieron argumentos sobre la durabilidad de las cajas, la cual era mucho más amplia que la manifestada por el contratista, de igual manera se realizó el estudio de mercado para verificar si encontraban empresas que pudieran elaborar el molde o fabricar las cajas, evidenciándose que si existían más empresas que hicieran el molde y pudieran entregar las cajas en menor tiempo que la empresa ICOFORMAS.

El 17 de octubre y el 16 de noviembre de 2017 la supervisión emite documento final donde expone lo sustentado en el informe y el estudio de mercado y se manifiesta frente a la imposibilidad de suscribir un acuerdo directo, ratificando el incumplimiento parcial.

Decidiéndose el proceso sancionatorio mediante Resolución No. 4663 del 20 de noviembre de 2017, declarándose el incumplimiento parcial del contrato. Proceso sancionatorio que fue decidido 9 meses después de la fecha de terminación del plazo contractual el cual fue de 3 meses aproximadamente. Proceso en el que, habiéndose otorgado las pruebas solicitadas por el contratista, estas lo que hicieron fue reforzar el incumplimiento del contrato, pese a que el contratista pretendió justificar el retraso en la entrega de las cajas en una causa externa y a la falta de soluciones existentes.

4.- El siguiente sancionatorio fue adelantado por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil³⁵ y en él se pretendía aplicar una multa al

³⁵ Contrato de Obra No. 13000277-OK-2013 cuyo objeto era: "Construcción De Un Sistema Complementario De Calles De Rodaje En El Costado Occidental Del Aeropuerto Internacional El Dorado – Fase 1" contrato que inicio su ejecución el 13 de marzo de 2014 y el cual tenía un plazo de ejecución de 24 meses dividido en 2 etapas una etapa de preconstrucción que duraba 2 meses y la etapa de construcción que duraba 22 meses.

contratista por presentar demora en la ejecución de la etapa de construcción, específicamente, por el bajo rendimiento en una actividad llamada “construcción de terraplenes” desde mayo de 2015, ya que la construcción de terraplenes y colocación de la precarga sobre los mismos, afectaban actividades sucesoras como eran la precarga y los pavimentos asfálticos, existiendo entonces un atraso en el cronograma del contrato.

El 17 de febrero de 2016 se dio inicio a la actuación administrativa sancionatoria en la cual, una vez rendidos los descargos el contratista, solicitó las siguientes pruebas:

- 7 pruebas testimoniales entre los que se encontraban profesionales de la Aerocivil, de la Interventoría y profesionales del contratista, todos solicitados para corroborar la fecha de terminación del contrato,
- Una prueba pericial para que un experto en programación de presupuesto y Project Manager Professional indicaran cual era la ruta crítica del proyecto y,
- Se solicitó el Manual de Funciones de la Aerocivil.

Sin embargo, la Entidad se pronunció frente a las mismas manifestando su impertinencia, ya que los 7 testimonios iban encaminados a verificar una situación fáctica que no desvirtuaba el incumplimiento del cronograma de trabajo; en cuanto a la prueba pericial requerida, dado que en los descargos del contratista se hizo una sustentación de tipo técnico que justificaba de alguna manera sus atrasos, dichos argumentos serían tenidos en cuenta por la Aerocivil, por lo que resultaba impertinente la práctica del dictamen pericial y en cuanto a la prueba documental solicitada, se informó al contratista que el Manual de Funciones de la Entidad es un documento público; dicho lo anterior, el sancionatorio fue resuelto el 24 de febrero de 2016, imponiendo la multa al contratista.

En este ejemplo, se evidencia como la solicitud de pruebas requeridas por el contratista, en caso de que la Entidad las hubiera practicado extendería de manera considerable el proceso para la imposición de la multa, dilatando la medida de apremio requerida para encauzar nuevamente la ejecución del contrato.

Una vez expuestas algunas situaciones que se han presentado en el desarrollo de la etapa probatoria de los procesos sancionatorios contractuales, en los cuales la práctica de las pruebas solicitadas por los contratistas prolongó de manera considerable la actuación administrativa, en ciertos casos, más allá de los plazos de ejecución de los contratos a sancionar.

Estas circunstancias dejan en evidencia que el decreto y la práctica de pruebas en estas actuaciones sean cuestionables por algunas de las siguientes razones:

- Por la manera en que las entidades están interpretando y aplicando la norma que regula esta etapa probatoria ante presuntos vacíos en ella.
- Por el tipo de pruebas solicitadas por los contratistas y la finalidad de estas en el proceso.
- Por la falta de recursos de las entidades para practicarlas y
- Por último, en algunos casos, por la falta de conocimiento en materia probatoria por parte de quienes dirigen y deciden estas actuaciones.

Se trata de realidades que, en algunos casos, han generado etapas probatorias extensas, que ponen en tela de juicio la efectividad del

procedimiento al dejar de ser un mecanismo eficaz para apremiar al contratista incumplido y rezagando la satisfacción de necesidades de los administrados de manera oportuna.

4. POSIBLES SOLUCIONES A LA TENSIÓN FRENTE A LA FALTA DE EFECTIVIDAD DEL PROCEDIMIENTO.

Expuesto lo que se considera el problema que existe en el desarrollo del periodo probatorio en los procesos administrativos sancionatorios contractuales adelantados por las entidades públicas, en cuanto al ejercicio del derecho de defensa y contradicción de los contratistas que compone el debido proceso, siendo este, de obligatorio cumplimiento para ellas en actuaciones administrativas como ya ha sido expuesto en capítulos anteriores, procederé a presentar posibles soluciones al problema planteado, así:

4.1. Posible interpretación del literal “b” del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Frente a la interpretación y aplicación del periodo probatorio en el proceso sancionatorio contractual, la regulación de las pruebas en el procedimiento administrativo previsto para determinar si se han generado incumplimientos contractuales que justifican la aplicación de sanciones jurídicas está prevista expresamente en la ley, razón por la cual, en este punto, las normas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA solo deberán aplicarse de manera subsidiaria, conforme con lo dispuesto en el artículo 2 del CPACA, el cual establece:

*“Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, **sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales**. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.”*
(Negrilla fuera del texto)

Condición que es reiterada en el artículo 34 del CPACA, que dispone:

*“Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, **sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales.** En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.” (Negrilla fuera del texto)*

La norma que de manera expresa regula este punto en el procedimiento sancionatorio contractual es el literal “b” del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que es el que determina los derechos del contratista y del garante en materia probatoria, estipulando que estos pueden **aportar pruebas** y controvertir las aportadas por la entidad, lo que querría decir, que su derecho se limita a allegar los medios probatorios en la audiencia y no se ampliaría a *solicitar* la práctica de pruebas lo que conllevaría a que la audiencia se extendiera por el tiempo necesario para practicarlas, agotando el trámite propio que para cada medio probatorio contempla la ley.

Como al parecer ese no es el alcance que le quiso dar el legislador a esta audiencia, la cual debe surtirse dentro del marco del *“procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista”* al que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, debería entenderse entonces, que esta es una limitación introducida por el legislador atendiendo a la naturaleza propia de este proceso y al interés público involucrado en el ejercicio de los poderes excepcionales de la Administración.

En cuanto a este punto debe tenerse en cuenta que el legislador establece una clara diferencia entre el derecho a *aportar, pedir o solicitar pruebas*, lo cual puede verificarse con toda claridad en el Código General del Proceso -CGP-, revisando varios de sus artículos.

A título de ejemplo citaré algunos de ellos, artículo 46:

“El Ministerio Público intervendrá como sujeto procesal especial con amplias facultades, entre ellas la de interponer recursos, emitir conceptos, solicitar nulidades, pedir, aportar y controvertir pruebas”.

Artículo 135:

“La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer”.
Artículo 168: *“Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código”,* entre otros.

Cuando el legislador estima que el período probatorio correspondiente a determinada actuación no debe cumplirse en las mismas condiciones que el del proceso judicial, establece *limitaciones probatorias* similares.

Nuevamente y a título de ejemplo lo hace el CGP en el artículo 101 cuando se determina las facultades probatorias que puede ejercer el demandado al formular excepciones previas y dispone:

*“Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan. **Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado.***

*“El juez **se abstendrá de decretar pruebas de otra clase,** salvo cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario, casos en los cuales se podrán practicar hasta dos testimonios.”* (Negrilla fuera del texto)

Lo anterior permitiría concluir que, cuando el legislador determinó en el procedimiento sancionatorio contractual que el contratista y el garante podían aportar pruebas y no indicó que estos tuvieran la facultad de solicitar su práctica. Es más, introdujo una limitación a dicho derecho, justificada - se reitera - por la naturaleza de la actuación regulada y por la necesaria celeridad que comporta la misma cifrada por el término *aportar* mas no solicitar.

De este modo el contratista y el garante están facultados para aportar las pruebas que tengan a bien (informes o dictámenes técnicos, documentos de cualquier tipo, etc.), pero de la lectura que se propone de la norma, no se entendería que les otorga en este caso el derecho de pedir o solicitar pruebas que requerían de un trámite adicional.

Ahora bien, el literal “d” del mismo artículo 86 de la ley 1474 de 2011 establece la posibilidad de suspender la audiencia para practicar o allegar pruebas que “estime” (el jefe de la entidad o su delegado) conducentes o pertinentes, sin que, con base en este apartado de la norma se habilite o pueda entenderse que el contratista o el garante, además de aportar pruebas, puedan solicitar su práctica o de pedir que se alleguen medios probatorios no aportados por ellos en la primera parte de la audiencia. La norma literalmente se refiere a la suspensión de la audiencia con el propósito anteriormente mencionado y es de este supuesto (**suspender la audiencia**) que puede predicarse la posibilidad de adoptar una decisión de oficio o a petición de parte.

Siendo así, la audiencia únicamente podrá suspenderse, por el jefe o representante legal -o su delegado-, con el fin de practicar una prueba, pertinente y conducente en la actuación o cuando exista motivo fundado para ello.³⁶

³⁶ El poder sancionador de la administración pública: *Discusión, expansión y construcción*. XIX Jornadas de Derecho Administrativo. Expósito Vélez, Juan Carlos. “Manifestaciones del

La introducción de esta limitación se justifica en este procedimiento especial en mi concepto, en la necesidad que tiene la Administración de ejercer oportunamente las medidas que la ley le otorga para tomar determinaciones en el contrato, sin necesidad de acudir previamente a la Jurisdicción.

Finalmente con la propuesta de interpretación de la norma planteada, se busca que el procedimiento cumpla su finalidad en todos los sentidos; por un lado, garantizando a los contratistas inmersos en este tipo de actuaciones un debido proceso, en el que pueda ejercer su derecho de contradicción con las limitaciones probatorias que estableció el legislador debido a la naturaleza propia de este proceso, el cual no debe equipararse a un proceso judicial por las razones ya expuestas y al interés público involucrado; y por otro lado, adelantar el procedimiento de una manera célere y que la decisión de la administración emanada del proceso sea eficaz para encauzar nuevamente y de manera oportuna la ejecución del contrato.

4.2. De la práctica de pruebas en el proceso administrativo sancionatorio contractual.

Ahora bien, independientemente del planteamiento anterior, es claro que las entidades públicas decretan y practican pruebas en el proceso sancionatorio contractual, sin embargo, debe hacerse un análisis antes de tomar una decisión frente procedencia de ellas, encaminado a lo siguiente: 1.Determinar si el tipo de prueba solicitado por el contratista es idóneo frente al hecho que pretende probar (conducencia), 2. Definir cuál es la utilidad o la finalidad de la prueba que solicita el contratista en el proceso, entre otros. Para lograr que ese análisis sea adecuado, es necesario que los profesionales de las

debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio contractual”, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2018. Pág. 461.

entidades que deciden estas actuaciones tengan conocimientos en la materia probatoria, pues al tenerlo, se garantizaría que las decisiones respecto al decreto y práctica de pruebas sean acertadas.

Adicional a lo anterior, en muchas ocasiones las entidades no tienen destinado un rubro específico del presupuesto para asumir los costos de las prácticas de estas pruebas (Ejemplo: pruebas periciales) o en caso de tenerlo no lo conocen y esta circunstancia demora aún más la práctica de pruebas, por lo debería contarse con un rubro específico del cual se pudiera de manera más sencilla hacer el giro de los recursos para tal fin. Lográndose con esto que en la praxis los procesos, arrojen resultados efectivos.

4.3. Del seguimiento de la ejecución de los contratos y las pruebas que emanan de él.

Otro punto de vital importancia es mencionar que los hechos que soportan el incumplimiento nacen del mismo desarrollo del contrato, el cual es de mutuo conocimiento, tanto por el contratista, como por el Estado, consecuentemente, la imputación de incumplimiento debería realizarse con base en el informe y las pruebas presentadas por el interventor y/o supervisor, en este orden de ideas debe tenerse en cuenta que:

El seguimiento de la ejecución contractual se compendia en un expediente contractual donde se encuentran todos los documentos que emanan del desarrollo del contrato y es a partir de los documentos que allí obran, que deben tomarse las determinaciones relativas al mismo.

En cuanto a la interventoría este rol es asignado legalmente y está desarrollado particularmente en la Ley 1474 de 2011, a partir de su artículo 82 y siguientes en los que se precisa que la interventoría consiste en el

seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, jurídico de los contratos y que los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente por sus hechos u omisiones; estando las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

Por su parte el artículo 84, manifiesta que los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y que debe poner en conocimiento de la entidad situaciones que pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente y en caso de no hacerlo será solidariamente responsable por los perjuicios que genera a la entidad.

De igual manera, en el marco de la mayoría de los contratos también se regula la forma como deben surtir las comunicaciones entre contratista e Interventor, y esto forma parte del debido proceso en este tipo de actuación.

Se establece particularmente la obligación de que todo conste por escrito, razón por la cual, con base en esas pruebas que conforman el expediente contractual, que han sido incorporadas al mismo en el desarrollo del contrato y por ende dan cuenta fidedigna de lo ocurrido durante su ejecución, que la entidad debe pronunciarse.

Se determina de igual manera, que las funciones del interventor y/o supervisor son funciones públicas, con las características, consecuencias y responsabilidades que su ejercicio comporta; eso justifica que la ley no prevea un trámite probatorio paralelo y adicional para determinar si hay un incumplimiento contractual.

Por tanto, sí la ley establece en las normas anteriores la obligación específica del interventor y/o supervisor de vigilar el cumplimiento de las obligaciones del contrato e informarlo a la entidad contratante y dispone un estricto régimen de responsabilidades disciplinarias (incluyendo inhabilidades) y patrimoniales para el interventor, ¿tiene lógica que para establecer el incumplimiento de un contratista se desestime lo anterior y la contratante deba decretar pruebas técnicas y periciales para establecerlo?

Considero que la respuesta debería ser negativa ya que la entidad invierte recursos públicos para contar con un interventor y/o supervisor con una función específica para rendir informes y por tal razón es que el contratista, sí pretende controvertir su concepto tiene la carga de aportar las pruebas correspondientes.

4.4. Alcance del proceso sancionatorio contractual.

Dicho lo anterior, es relevante revisar el alcance de estos procedimientos sancionatorios, al respecto vale la pena citar lo dicho por la Corte Constitucional³⁷, quien precisó que el procedimiento administrativo sancionatorio contractual tiene características especiales: (i) El contratista ya conoce cuáles son sus obligaciones y el término dentro del cual debe cumplirlas; (ii) La administración requiere obrar con eficacia, y (iii) En cualquier caso, la decisión que ella adopte no tiene carácter de cosa juzgada y por ende la garantía del derecho al debido proceso no puede asimilarse a la que tiene derecho una parte en un proceso judicial, donde la decisión que se adopte tiene tal carácter.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T -569 de 1998.

Dijo la Corte que, pese a las consecuencias de imponer sanciones contractuales, como son la inhabilidad en el caso de la caducidad, la aplicación de la cláusula penal en el caso de incumplimiento y la exigibilidad de las garantías que se hubieren pactado, no por eso la aplicación este supeditada a un procedimiento previo que requiera un debate entre la administración y el contratista.

Primero: Que la aplicación de sanciones es una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado, cuando el contratista ha desplegado conductas que impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del contrato estatal, situación por la que se debe desplegar una intervención rápida de la administración a fin de garantizar que *el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte*.

Segundo: Que la facultad sancionatoria no puede confundirse con la que se le reconoce a la administración en otros campos como el disciplinario, tributario, etc. En desarrollo de su potestad punitiva porque esos por su misma naturaleza, sí exigen la observancia de un debido proceso a efecto de poner las sanciones correspondientes, tal como ha reconocido esa Corporación en un sin número de providencias (T-145 de 1993, C-214 de 1994, C-597 de 1996 y C-690 de 1996, entre otras).

“La comprobación de tales hechos, es producto del seguimiento de la ejecución del contrato que está obligado a realizar el ente estatal, por medio de visitas, requerimientos e informes que le permitan determinar la forma en que se está cumpliendo lo pactado. Seguimiento en el que ha intervenido el contratista y que le permitirá a la administración adoptar la decisión correspondiente (...).”

De igual manera, la jurisprudencia ha destacado que las garantías que conforman la del debido proceso pueden entrar en tensión. Así en algunos casos el principio de celeridad puede entrar en conflicto con la garantía de

contradicción probatoria, o con el derecho de defensa, pues el término judicial breve, recorta las posibilidades de controversia probatoria o argumentativa.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que algunas de las garantías procesales son prevalentes, pero también ha aceptado que otras como el derecho de defensa y contradicción no son absolutas y **pueden ser limitadas por el legislador a fin de dar un mayor alcance a intereses públicos legítimos o a otros derechos fundamentales implicados.**

En consecuencia, a título de conclusión, podemos decir que la aplicación del debido proceso en el íter contractual está revestida por un criterio de **flexibilización**³⁸ el cual implica la presencia del derecho fundamental del debido proceso en dimensiones heterogéneas y magnitudes distintas.

En otras palabras, **la flexibilidad en la aplicación del debido proceso no implica la inexistencia de este**; por el contrario, siempre será exigible su observancia de acuerdo con un criterio de proporcionalidad si se advierte con detenimiento que “en el procedimiento administrativo, se reconocen una serie de principios que prevén que tanto el particular como la administración tengan conocimiento total y acabado de la cuestión planteada” con el fin de adoptar la mejor decisión posible.³⁹

Es decir que la incidencia del debido proceso con ocasión de un procedimiento sancionatorio se somete a matices que se deberán ser observados, teniendo en cuenta los estándares de flexibilización que se puedan dar bajo el

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C – 117 de 2006.

³⁹ Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro. (Coords.) *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz, t.I: Derecho Administrativo*, México. D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración⁴⁰.

Por último, debe señalarse, igualmente, que atendiendo la distinta naturaleza del proceso judicial y de la actuación administrativa no es posible trasladar a la segunda, sin ninguna distinción, las reglas del primero. Lo anterior, debido a que el proceso sancionatorio contractual:

- No resuelve un conflicto entre partes, por lo que en ella no tienen cabida medios probatorios como el interrogatorio de parte que se solicita normalmente por parte de los contratistas.
- No termina con una decisión ejecutoriada que haga tránsito a cosa juzgada razón por la cual en ella debe primar la eficacia y la celeridad, teniendo claro que el contratista en caso de sentirse afectado tiene la posibilidad de impugnar judicialmente las decisiones de la Administración

Por tal razón, la doctrina ha señalado que la actuación administrativa no debe jurisdiccionalizarse en la medida en que:

“los objetivos y medios del proceso judicial son diferentes a los del procedimiento administrativo (...) el procedimiento administrativo debe ser una herramienta pro-consagración del Estado Social de Derecho, sin necesidad de estar sometido a los límites del rigorismo jurisdiccional (...) la sencillez o simplicidad, también, busca evita buscar la burocratización formal (...).

La economía procedimental y el principio de simplicidad técnica posibilitan una tutela efectiva de derechos poderes jurídicos.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C – 980 de 2010.

*Se trata de poner fin al procedimentalismo o reglamentarismo anarquizante pensando en la pronta solución que reclama el ejercicio del poder y el respeto del derecho.”*⁴¹

Por otro lado, García de Enterría⁴², con toda claridad señala:

*“Entre proceso judicial y procedimiento administrativo existen semejanzas indudables dada la pertenencia de ambas instituciones a un tronco común. Pero hay también **profundas diferencias como consecuencia necesaria de la diversa naturaleza de los fines a que una y otra sirven**, y sobre todo de la distinta posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplinan(...)En cambio, el procedimiento administrativo si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ellos su función que es también y muy principalmente, **la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración intérpretes de ese interés y al propio tiempo parte del procedimiento y árbitro del mismo.**”* (Negritas fuera de texto original).

4.5. Del equilibrio entre las garantías del contratista y la eficacia del proceso.

Finalmente, entre tanto tratamos el tema de procesos administrativos contractuales, es evidente que debe procurarse un equilibrio entre las garantías del contratista y la eficacia de la actuación administrativa en materia contractual.

⁴¹ Dromi, Roberto. *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires. Ciudad Argentina. 1996. pág. 80.

⁴² García de Enterría. Eduardo y Fernández Tomás. Ramón. *Curso de derecho administrativo*. cit. págs. 431 y 433.

Desde un punto de vista doctrinal, González Pérez, refiere que “*debe existir un equilibrio entre **eficacia y garantía**; el procedimiento administrativo no es un mero ritual, sino la base de la garantía de los ciudadanos*”⁴³.

En el mismo sentido Parejo Alfonso, jurista español y doctrinante en lo administrativo sostiene:

*“que la Administración pública, obligada constitucionalmente, en algunos países, a actuar con eficacia, “no puede desarrollar su actividad como mejor entienda que se alcanza tal objetivo, ha de cumplirla observando desde luego el procedimiento que al efecto le venga establecido por la legalidad de aplicación”, (...)”*⁴⁴.

En cuanto al equilibrio entre la eficacia y la garantía al derecho de contradicción, la Corte señaló:

“(...) Entre ellas, el artículo 29 de la Constitución, en forma explícita consagra tanto el principio de celeridad, como el derecho de contradicción y controversia probatoria. Al respecto dicha norma señala que toda persona tiene derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Por su parte, el artículo 228 superior prescribe que “los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”. En desarrollo de estos principios, de un lado los procesos deben tener una duración razonable y, de otro, deben establecer mecanismos que permitan a los sujetos procesales e intervinientes controvertir, en condiciones de igualdad, las pruebas presentadas, así como los argumentos de hecho y de derecho que se aduzcan en su contra. ⁴⁵

⁴³ Jesús González Pérez. *El Procedimiento Administrativo*. S.L. Civitas Ediciones. España 2002.

⁴⁴ Luciano Parejo Alfonso. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Bogotá, Universidad Externado. 2011. Pág. 369

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 371 de 2011.

En conclusión, debería existir un equilibrio frente a las garantías que le asisten al Administrado, que no deben ir solamente a la observancia del debido proceso, sino que, como lo manifiesta el Consejo de Estado:

*“(...) No obstante, es claro que el debido proceso a que está sujeta la administración pública **debe coexistir con la necesidad y la obligación que tiene ésta de asegurar la eficiencia, la economía, la celeridad y la eficacia en el cumplimiento de las tareas a su cargo para la satisfacción del interés general**, lo que obliga a hacer una ponderación adecuada entre todos ellos a fin de lograr un perfecto y balanceado procedimiento debido.”*⁴⁶ (Negrillas fueras del texto)

Debe garantizarse que en el desarrollo de las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales se plasme la celeridad y la eficacia en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo para la satisfacción del interés general.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 10 de noviembre de 2005, Expediente No. 14157

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se han revisado varios aspectos importantes relacionados con las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales de lo que se puede concluir lo siguiente:

1. La contratación estatal es de vital importancia para el Estado y los ciudadanos, ya que es un instrumento jurídico mediante el cual el Estado con la colaboración de los particulares satisface necesidades colectivas, presta servicios públicos y da cumplimiento a sus deberes.
2. La facultad sancionatoria es el medio de autoprotección con el que el Estado cuenta para garantizar el cumplimiento de sus objetivos, los cuales se materializan con la debida ejecución de las obligaciones nacidas del contrato estatal.
3. El debido proceso en materia administrativa surge como derecho en la Constitución Política de 1991, siendo el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico para la protección del ciudadano que se encuentra inmerso en una actuación administrativa.
4. La aplicación del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias contractuales tuvo respaldo inicialmente en el Consejo de Estado a través de la jurisprudencia de la Sección Tercera y posteriormente legal, con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
5. En la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, el legislador lo que busco fue establecer un procedimiento “expedito” para castigar al contratista incumplido.

6. Una vez expuestos varios ejemplos se evidencia que la realidad de frente a la aplicación del periodo probatorio en el procedimiento sancionatorio contractual, es totalmente diferente al sentido para el cual fue creado, pues con la presunta existencia de “vacíos” en materia probatoria, se ha desdibujado su razón de ser; el cual no es otro que ser un elemento efectivo, utilizado por el Estado para apremiar el cumplimiento del contrato.
7. La regulación de las pruebas del proceso para la declaratoria de incumplimiento contractual se encuentra establecida en la Ley 1474 de 2011, específicamente en el literal “b”, donde se mencionan los derechos en materia probatoria del contratista y el garante. Precisando que tienen derecho a *aportar* y no a *solicitar* pruebas, ya que al solicitarlas harían que se extienda el procedimiento por el término necesario para practicarlas, agotando el trámite propio que para cada medio probatorio contempla la ley.
8. La Limitación en materia probatoria establecida por el legislador en este procedimiento atiende a la naturaleza de este y al interés público involucrado.
9. Si bien las entidades practican pruebas, para un buen ejercicio probatorio están deben realizar un análisis previo al decreto respecto a la conducencia y utilidad de las pruebas requeridas, para evitarse un desgaste administrativo evitando la práctica de pruebas innecesarias y que lo que si ocasión es una dilación en el proceso.
10. La incidencia del debido proceso con ocasión de un procedimiento sancionatorio se somete a matices que se deberán ser observados,

teniendo en cuenta los estándares de flexibilización que se puedan dar bajo el cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración.

11. Teniendo en cuenta las diferencias que existen entre la actuación administrativa y el proceso judicial, no es procedente aplicarse a la primera, sin ninguna distinción las reglas del segundo, es decir, no puede jurisdiccionalizarse las actuaciones administrativas.
12. La determinación del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista está sujeto a un régimen probatorio propio y específico que emana de desarrollo de cada contrato, en el cual, lo que resultaría preponderante considerar es la actuación y el concepto de la Interventoría y/o supervisión del contrato, entre otros.
13. Por último y entre tanto se hable del tema de procesos sancionatorios contractuales, es imperante procurarse un equilibrio entre las garantías del contratista y la eficacia de las actuaciones sancionatorias administrativas.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

MONTAÑA PLATA, Alberto, RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. El poder sancionador de la administración pública: Discusión, expansión y construcción” Editorial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2018.

DROMI, Roberto. El procedimiento administrativo, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho administrativo, 8ª Ed., Tomo I. Madrid, Editorial Civitas, 1997.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español. Análisis de la selección del contratista. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003,

LAVERDE ÁLVAREZ, Juan Manuel, Manual de Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Bogotá D.C, Editorial Legis. Segunda Edición, 2018.

MONTAÑA PLATA, Alberto. La constitucionalización del derecho administrativo. XV jornadas internacionales de derecho administrativo. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá.2014.

VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul, Álvarez Quiroz Lilia Yaneth, el debido proceso en actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, Medellín, Colombia, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 1ª Ed., 2018.

OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Primera edición. Ed. Legis. Bogotá, 2000.

CIENFUEGOS SALGADO, David y López Olvera, Miguel Alejandro. (Coords.) Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz, t.I: Derecho Administrativo, México. D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

FAVOREU, LOUIS, Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús El Procedimiento Administrativo. S.L. Civitas Ediciones. España 2002.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado. 2011.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO. Revista IARCE No. 30. Edición digital. Febrero 2012.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado.

- Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Expediente.20738 C.P. Enrique Gil Botero
- Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Expediente.16367. C.P. Enrique Gil Botero
- Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Expediente.17009. C.P. Enrique Gil Botero
- Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Expediente. 14.157. C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez
- Sección Tercera. Sentencia de 29 de mayo de 2003. Expediente.18.091. C.P. Ruth Stella Correa Palacio
- Sección Tercera, Auto del 24 de julio de 2003. Expediente. 18091
- Sección Tercera, Auto del 4 de mayo de 2000. Expediente. 17871
- Sección Tercera, Auto del 24 de septiembre de 1998. Expediente 14.821.

Corte Constitucional, Sentencias.

- C-499 de 5 de agosto de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo.
- C-341 de 4 de junio de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.
- C-826 de 13 de noviembre de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- C-713 de 7 de octubre de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.
- C-932 de 8 de noviembre de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- C-853 de 17 de agosto de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- T- 982 de 8 de octubre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- T-569 de 8 de octubre de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

NORMATIVA

Constitución Política de Colombia, 1991.

Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública

Ley 1437 DE 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”